NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
M. POIARES MADURO
prednesené 17. decembra 2008 [1]

1. Predmetná žaloba, ktorú podala Európska komisia proti Helénskej republike, smeruje proti postupu verejného obstarávania, ktorý sa týka elektrárne na ostrove Kréta. Komisia tvrdí, že verejný obstarávateľ si tým, že neuverejnil nové oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania a bezodkladne neodôvodnil odmietnutie jednej z ponúk, nesplnil povinnosti, ktoré mu vyplývajú zo smernice Rady 93/38/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania subjektov pôsobiacich vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore [2].

Skutkový stav

2. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou (verejný podnik pre elektrickú energiu, ďalej len „DEI“) uverejnil oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania na nákup a inštaláciu dvoch jednotiek na výrobu elektrickej energie pre elektráreň v Atherinolakkos na ostrove Kréta. Keďže podľa DEI predložené ponuky nezodpovedali v plnom rozsahu podmienkam verejného obstarávania, od projektu sa upustilo. V máji 2004 bolo pre ten istý projekt vyhlásené nové verejné obstarávanie, ktoré sa mierne odlišovalo od predchádzajúceho. Päť ponúk predložených ako odpoveď na toto druhé verejné obstarávanie bolo označených za „nevhodné“ z dôvodu, že nezodpovedali v plnom rozsahu niektorým technickým špecifikáciám, a od verejného obstarávania sa znovu upustilo.

3. Dňa 14. decembra 2004 DEI bez toho, aby vyhlásil nové verejné obstarávanie, odpovedal piatim uchádzačom, ktorí sa zúčastnili na druhom verejnom obstarávaní, a požiadal ich, aby do 15 dní predložili svoje „konečné finančné ponuky“ a odstránili predovšetkým technické odlišnosti, ktoré existovali medzi ich prvými ponukami a špecifikáciami projektu. DEI v tomto liste vysvetlil, že rozhodnutie nevyhlásiť nové verejné obstarávanie vyplynulo okrem iného z „celkového vývoja situácie“, z „lehôt potrebných na inštaláciu dvoch nových jednotiek, a to 29 a 31 mesiacov“, z „požiadavky rýchleho uspokojenia potrieb elektrickej energie na ostrove Kréta, ktoré sú od roku 2007 naliehavé“ a z „nepredvídateľného omeškania v súvislosti s uzavretím verejnej zmluvy, ktoré vzniklo na základe neuspokojivého výsledku predchádzajúcich verejných obstarávaní“. Päť uchádzačov, ktorí sa zúčastnili druhého verejného obstarávania, predložilo nové ponuky.

1 — Jazyk prednesu: angličtina.
2 — Ú. v. ES L 199, s. 84; Mim. vyd. 06/002, s. 194.

4. Dňa 7. februára 2005 DEI písomne odpovedal jednému z uchádzačov, pričom odmietol jeho ponuku bez uvedenia dôvodov. Odmietnutý uchádzač zaslal DEI tri listy, z 10. februára, 11. februára a 10. marca 2005, ako aj dva listy Ministerstvu pre rozvoj zo 17. a 31. marca 2005, kde požadoval informácie o dôvodoch odmietnutia jeho ponuky. DEI napokon odpovedal 4. apríla 2005. Uchádzač podal na Monomeles Protodikeio Athinon (súd prvého stupňa v Aténach) návrh na nariadenie predbežného opatrenia, ale tento návrh bol 7. júla 2005 zamietnutý. DEI 15. septembra 2005 uzavrel verejnú zmluvu s iným uchádzačom.

5. Odmietnutý uchádzač podal sťažnosť na Komisiu, ktorá domnievajúc sa, že spôsob, ktorým DEI viedol postup verejného obstarávania, nebol v súlade právom Spoločenstva a vezmúc do úvahy podstatne zvýšenú hodnotu zákazky začala konanie o nesplnení povinnosti proti Helénskej republike. Komisia, ktorú odpoveď gréckych orgánov na jej výzvu a odôvodnené stanovisko neuspokojila, podala žalobu, v ktorej navrhuje, aby Súdny dvor určil, že Helénska republika si nesplnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú z článku 20 ods. 2 písm. a) smernice 93/38/EHS, ktorý sa týka postupu verejného obstarávania bez predchádzajúceho vyhlásenia súťaže a z článku 41 ods. 4 tejto smernice, ktorý sa týka povinnosti poskytnúť vysvetlenia odmietnutým uchádzačom.

I — Postup bez vyhlásenia verejnej súťaže

6. Uplatniteľným ustanovením je článok 20 ods. 2 písm. a) smernice 93/38, ktorý stanovuje: „Obstarávatelia môžu použiť postup bez predchádzajúceho vyhlásenia súťaže v nasledovných prípadoch… pri absencii ponúk alebo vhodných ponúk ako odozvy na postup s predchádzajúcim vyhlásením súťaže za predpokladu, že pôvodné podmienky objednávky neboli podstatne zmenené“. Ako správne zdôraznila helénska vláda, toto ustanovenie priznáva verejným obstarávateľom právomoc nevyhlásiť verejné obstarávanie, ak sú splnené tri podmienky: i) toto verejné obstarávanie už bolo vyhlásené; ii) neboli predložené ponuky, alebo nebola predložená žiadna vhodná ponuka; iii) pôvodné podmienky verejného obstarávania sa podstatne nezmenili.

7. V predmetnej veci je zrejmé, že prvá podmienka je splnená. Helénska vláda a Komisia sa rozchádzajú v tom, či je splnená aj druhá a tretia podmienka.

Pojem nevhodné ponuky

8. DEI vyhlásil, že ponuky predložené ako odozvy na vyhlásené verejné obstarávanie boli „nevhodné“, pretože v plnom rozsahu nezod-

povedali niektorým technickým špecifikáciám. Mal DEI právo kvalifikovať týmto spôsobom uvedené ponuky? Inými slovami, ako treba vykladať pojem „nevhodné“ ponuky? Ide o vážny problém, od riešenia ktorého bude závisieť, či verejný obstarávateľ môže uzavrieť verejnú zmluvu bez vyhlásenia verejného obstarávania. Ak by sa predložené ponuky mohli správne kvalifikovať ako „nevhodné“, nebolo by potrebné nové verejné obstarávanie; ak by však odmietnuté ponuky nemohli byť považované za „nevhodné“, verejný obstarávateľ by mal povinnosť zopakovať celý postup verejného obstarávania.

9. Komisia tvrdí, že iba ponuka, ktorá zjavne nezodpovedá potrebám verejného obstarávateľa, patrí do kategórie „nevhodných“ ponúk. Iné odlišnosti, ktoré sú menej závažné, môžu odôvodniť odmietnutie ponuky, ale nemôžu ju urobiť „nevhodnou“, čím sa verejnému obstarávateľovi poskytne možnosť uzavrieť verejnú zmluvu bez dodržania zvyčajného postupu verejného obstarávania. Naopak, helénska vláda zastáva širšiu definíciu výrazu „nevhodná“. Odvoláva sa predovšetkým na odôvodnenie č. 45 smernice, v zmysle ktorého „pravidlá, ktoré majú príslušné subjekty používať, by mali vytvoriť rámec pre zdravú obchodnú prax a mali by ponechať maximum flexibility“, a uvádza, že verejným obstarávateľom by sa mala ponechať široká miera voľnej úvahy pri odmietnutí ako „nevhodných“ všetkých ponúk, ktoré plne nezodpovedajú kritériám uvedeným v objednávke, a umožniť im ďalej postupovať bez vyhlásenia nového verejného obstarávania.

10. Podľa môjho názoru je výklad navrhovaný helénskou vládou príliš široký. Pri posúdení miery voľnej úvahy, ktorou disponujú verejní obstarávatelia, je potrebné vychádzať z podmienok stanovených v Zmluve ES. Ako Súdny dvor rozhodol v rozsudku Teleaustria, napriek tomu, že koncesie na službu vo verejnom záujme nepatria do vecnej pôsobnosti smernice o postupoch verejného obstarávania, verejné orgány, ktoré udeľujú tieto koncesie, musia dodržiavať vo všeobecnosti základné pravidlá Zmluvy ES a osobitne zásadu zákazu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti, ktorá zahŕňa povinnosť transparentnosti. [3] Súdny dvor potom pokračoval vo vysvetlení obsahu tejto povinnosti transparentnosti: „táto povinnosť transparentnosti, ktorá zaväzuje verejného obstarávateľa, zabezpečuje pre každého potenciálneho uchádzača adekvátny stupeň zverejnenia, umožňujúci sprístupnenie trhu so službami vo verejnom záujme konkurencii, ako aj kontrolu nestrannosti postupov verejného obstarávania“. [4] Transparentnosť v postupoch verejného obstarávania je preto podmienkou stanovenou primárnym právom Spoločenstva a má za následok prinajmenšom isté zverejnenie. Význam zverejnenia je dvojitý: v prvom rade sa potenciálni uchádzači dozvedia o existencii podnikateľskej príležitosti, čo zasa môže mať vplyv na zvýšenie konkurencie v danom verejnom obstarávaní, keďže je pravdepodobné, že bude predložených viacero ponúk; v druhom rade sa zverejnením predíde zaujatosti a klientelizmu tým, že sa uľahčí kontrola postupov verejného

3 — Rozsudok zo 7. decembra 2000, Teleaustria, C-324/98, Zb. s. I-10745, body 60 a 61.

4 — Tamže, bod 62.

obstarávania. [5] Podľa judikatúry Súdneho dvora je transparentnosť spojená so zásadou zákazu diskriminácie a je považovaná za prostriedok pre zabezpečenie dodržiavania tejto základnej zásady práva Spoločenstva [6].

11. Ďalším dôležitým bodom pre výklad koncepcie „nevhodnej" ponuky je tiež skutočnosť, že jedným z cieľov ustanovení týkajúcich sa postupov verejného obstarávania je rozvoj účinnej hospodárskej súťaže na relevantnom trhu. Súdny dvor v nedávnej veci Komisia/Taliansko, v ktorej Komisia obvinila Taliansko, že si nesplnilo povinnosti, ktoré mu vyplývajú z viacerých smerníc, medzi inými aj zo smernice 93/98, rozhodol, že cieľom smerníc je „eliminácia praktík, ktoré obmedzujú hospodársku súťaž ako takú a najmä účasť štátnych príslušníkov iných členských štátov na verejných obstarávaniach s cieľom uplatniť články 43 ES a 49 ES" [7]. Ako Súdny dvor vysvetlil v staršom rozsudku týkajúcom sa smernice 93/37/EHS [8], „prvoradým cieľom smernice… je zabezpečiť hospodársku súťaž Spoločenstva vo verejnom obstarávaní prác. Práve otvorenie hospodárskej súťaže Spoločenstva v súlade s postupmi stanovenými v smernici odstráni nebezpečenstvo klientelizmu zo strany verejných orgánov" [9]. Účinná hospodárska súťaž teda odstraňuje prekážky, ktoré bránia prístupu nových operátorov na trh; slúži verejným obstarávateľom, ktorí si môžu vybrať z väčšieho počtu uchádzačov, a následkom toho zvyšuje možnosť získať najvýhodnejšiu ponuku; a napokon pomáha zachovať integritu postupov verejného obstarávania ako takých.

12. Ako vyplýva z práve citovaných rozsudkov, povinnosť vyhlásiť verejné obstarávanie má svoje korene v primárnom práve Spoločenstva a musí byť samozrejme dodržaná. Uzavrieť verejnú zmluvu bez predchádzajúceho vyhlásenia verejného obstarávania môže poškodiť nielen potenciálnych uchádzačov, ale aj verejnosť, ktorá platí za postupy verejného obstarávania prostredníctvom daní a môže narušiť konkurenčný charakter na trhu s verejným obstarávaním ohrozením účinnosti ustanovení Zmluvy o základných slobodách. Z týchto dôvodov treba ustanovenie, ktoré umožňuje verejnému obstarávateľovi nevyhlásiť verejné obstarávanie, vykladať doslovne. To je prípad článku 20 ods. 2 smernice 93/38, ktorý po stanovení, že

5 — Povinnosť transparentnosti bola verejným obstarávateľom výslovne uložená novými smernicami o postupoch verejného obstarávania. Článok 2 novej smernice „o verejnom sektore" [smernica Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovarov a verejných zákaziek na služby (Ú. v. EÚ L 134, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132)] a článok 10 novej smernice „o verejnoprospešných službách" [smernica Európskeho parlamentu a Rady 2004/17/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb (Ú. v. EÚ L 134, s. 1; Mim. vyd. 06/007, s. 19)] stanovujú, že verejní obstarávatelia „konajú transparentne".

6 — Pozri okrem iného rozsudky z 18. novembra 1999, Unitron Scandinavia, C-275/98, Zb. s. I-8291, bod 31; z 18. októbra 2001, SIAC, C-19/00, Zb. s. I-7725, bod 41, a z 19. júna 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Zb. s. I-4401, bod 32.

7 — Rozsudok z 21. februára 2008, Komisia/Taliansko, C-412/04, Zb. s. I-619, bod 2.

8 — Smernica Rady 93/37/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác (Ú. v. ES L 199, s. 54; Mim. vyd. 06/002, s. 163).

9 — Rozsudok z 12. júla 2001, Ordine degli Architetti, C-399/98, Zb. s. I-5409, bod 75. V tomto zmysle pozri rozsudky z 27. novembra 2001, Impresa Bombardini, spojené veci C-285/99 a C-286/99, Zb. s. I-9233, bod 35, a z 11. januára 2005, Stadt Halle, C-26/03, Zb. s. I-1, bod 44.

verejní obstarávatelia môžu použiť postup bez predchádzajúceho vyhlásenia súťaže, uvádza taxatívnym spôsobom prípady, keď je to možné. Súdny dvor už rozhodol o správnom prístupe, ktorý treba zaujať pri výklade tohto ustanovenia, v rozsudku Komisia/Grécko, ktorý sa týkal písmen c) a d) tohto článku vzťahujúcich sa postupne na verejné zmluvy, ktoré z technických alebo umeleckých dôvodov možno uzavrieť len s určitou zmluvnou stranou, a na prípady extrémnej naliehavosti, pričom uviedol, že „je potrebné v úvode pripomenúť, že ako výnimky z pravidiel týkajúcich sa postupov verejného obstarávania musia byť ustanovenia článku 20 ods. 2 písm. c) a d) smernice 93/38 vykladané doslovne“ [10]. V predmetnej veci treba rozhodnúť na základe písmena a) (absencia vhodných ponúk), ktoré by malo byť vykladané rovnakým spôsobom ako písmená c) a d): ani zo zmyslu, ani zo znenia článku 20 ods. 2 a ani z rozsudku Komisia/Grécko totiž nevyplývajú skutočnosti, ktoré by mohli odôvodniť odlišný výklad.

13. S ohľadom na predchádzajúcu analýzu nemožno prijať široký výklad koncepcie „nevhodných“ ponúk, ktorý uvádza helénska vláda. Umožniť verejným obstarávateľom, aby sa na účely vyhlásenia predložených ponúk za „nevhodné“ mohli oprieť už o minimálne odchýlky zistené v týchto ponukách, by v praxi znamenalo priznať im širokú mieru voľnej úvahy pri rozhodovaní, či vyhlásiť, alebo nevyhlásiť verejnú súťaž. Pre verejného obstarávateľa, ktorý by bol náchylný ku „klientelizmu“, aby sme použili termín uvedený Súdnym dvorom v rozsudku Ordine degli Architetti, je jednoduché nájsť určitý bod, na základe ktorého predložená ponuka nevyhovuje v plnom rozsahu podmienkam verejného obstarávania, odmietnuť ju ako „nevhodnú“ a uzavrieť verejnú zmluvu bez predchádzajúceho vyhlásenia súťaže na predloženie nových ponúk. Platí to osobitne v prípade veľkých projektov, ktoré vyžadujú náročný technický posudok a v ktorých sú súťažné podklady pochopiteľne veľmi komplexné. Ale to je práve riziko, ktorému chcú predísť ustanovenia Spoločenstva o postupoch verejného obstarávania, či už ide o ustanovenia Zmluvy alebo sekundárneho práva. Naopak výklad navrhovaný Komisiou, podľa ktorého môže byť ponuka vyhlásená za „nevhodnú“, a verejný obstarávateľ môže následne postupovať bez predchádzajúceho vyhlásenia súťaže iba v prípade, keď ponuka nemôže uspokojiť potreby tohto verejného obstarávateľa, ponecháva verejnému obstarávateľovi dostatočnú mieru voľnej úvahy pre posúdenie predložených ponúk a zároveň zabezpečuje, že ustanovenia Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania nebudú obídené.

14. Na podporu širokého výkladu článku 20 ods. 2 písm. c) smernice 93/38 helénska vláda uvádza predovšetkým odôvodnenie č. 45 tejto smernice, ktoré sa týka potreby „maxima flexibility“ vo vzťahu k pravidlám pre verejné obstarávanie služieb. Vláda z toho vyvodzuje, že v tomto sektore bola verejným obstarávateľom priznaná široká miera voľnej úvahy pri uplatňovaní ustanovení smernice vrátane ustanovenia o „nevhodných“ ponukách a pri uzatváraní verejných zmlúv bez predchádzajúceho vyhlásenia verejnej súťaže. K tomuto tvrdeniu možno uviesť dve námietky.

10 — Rozsudok z 2. júna 2005, Komisia/Grécko, C-349/02, Zb. s. I-4713, bod 33.

15. V prvom rade odôvodnenie č. 45 nie je autonómnym ustanovením, ktoré môže priznať práva alebo uložiť povinnosti. Ako všetky úvodné ustanovenia smerníc má skôr vysvetľujúcu funkciu, jeho cieľom je pomôcť tomu, kto vykladá smernicu, aby pochopil ciele a zmysel, na základe ktorých bola prijatá. V predmetnej veci odôvodnenie č. 45 vysvetľuje, prečo zákonodarca Spoločenstva prijal pre sektor verejnoprospešných služieb rad pravidiel o postupoch verejného obstarávania, ktoré sú menej prísne než tie, ktoré boli prijaté pre ostatné sektory, ako sú služby a dodávky tovaru. Ešte dôležitejšie je to, že samotný článok 20 ods. 2 je výrazom voľnejšieho prístupu sledovaného v sektore verejnoprospešných služieb, keďže umožňuje verejným obstarávateľom postupovať bez vyhlásenia verejnej súťaže vo väčšom počte prípadov v porovnaní s tým, čo je stanovené v smerniciach, ktoré upravujú ostatné sektory [11]. Inými slovami, bol to samotný zákonodarca Spoločenstva, ktorý rozhodol, v čom majú byť ustanovenia o verejnoprospešných službách flexibilnejšie, keď prijal osobitné ustanovenia v smernici 93/38, a bolo by nesprávne domnievať sa, že odôvodnenie č. 45 priznáva verejným obstarávateľom samostatnú flexibilitu popri tej, ktorá už vyplýva z ustanovení smernice.

16. V druhom rade som už zdôraznil, že tak ako rozhodol Súdny dvor, vyhlásenie predstavuje pozitívnu povinnosť stanovenú Zmluvou verejným obstarávateľom. Výnimky z tejto povinnosti musia byť výslovne stanovené zákonom a treba ich vykladať doslovne. Aj keby existovala podobná všeobecná zásada flexibility pre výklad smernice 93/38, nemohla by prevážiť nad povinnosťami stanovenými primárnym právom Spoločenstva.

17. Napokon sa treba zmieniť o vzťahu medzi rôznymi smernicami o postupoch verejného obstarávania. Grécka vláda výrazne argumentovala proti tvrdeniu Komisie, podľa ktorého by paralelné čítanie smerníc o verejnom sektore mohlo pomôcť pri výklade smernice 93/38. Podľa jej názoru táto smernica zavádza systém osobitných pravidiel pre sektor verejnoprospešných služieb a bolo by nesprávne porovnávať tieto pravidlá s tými, ktoré upravujú verejné obstarávania prác alebo dodanie tovarov. S týmto tvrdením nesúhlasím. Len málokedy možno nájsť izolované právne ustanovenia. Ustanovenia je potrebné umiestniť do kontextu; nadobudnú význam, keď budú čítané v širšom právnom kontexte, v ktorom pôsobia. Súdny dvor v oblasti verejného obstarávania často odkázal na smernice o verejnom obstarávaní ako na komplex pravidiel určených na verejné ciele a založených na spoločných zásadách. Už som citoval rozsudok Komisia/Taliansko, v ktorom Súdny dvor rozhodol, že smernice 92/50 [12], 93/36 [13], 93/37 a 93/38 majú spoločný cieľ, ktorým je eliminácia praktík obmedzu-

11 — Ako zdôraznila Komisia, tento prístup, podľa ktorého „flexibilita“ charakterizuje ustanovenia o postupoch verejného obstarávania obsiahnuté v smernici 93/38, je analogicky potvrdený odôvodnením č. 28 novej smernice o verejnoprospešných službách, ktorá nahradila smernicu 93/38. Pokiaľ ide o poštové služby, toto odôvodnenie stanovuje, že „zákazky zadávané obstarávateľmi poskytujúcimi poštové služby by mali podliehať pravidlám tejto smernice vrátane tých, ktoré sú uvedené v článku 30, ktoré pri zabezpečení uplatňovania zásad uvedených v odôvodnení 9 vytvárajú rámec pre zdravú obchodnú prax a umožňujú väčšiu flexibilitu, než akú ponúka smernica Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES…“. Nová smernica o verejnoprospešných službách je tu porovnaná s novou smernicou o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávky tovaru a verejných zákaziek na služby na účely vysvetlenia, v akom zmysle sú ustanovenia prvej smernice flexibilnejšie v porovnaní s ustanoveniami druhej smernice.

12 — Smernica Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb (Ú. v. ES L 209, s. 1; Mim. vyd. 06/001, s. 322).

13 — Smernica Rady 93/36/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania dodania tovaru (Ú. v. ES L 199, s. 1; Mim. vyd. 06/002, s. 110).

júcich hospodársku súťaž v oblasti verejného obstarávania [14], a existujú ďalšie nedávne prípady, v ktorých sa Súdny dvor vyjadril, že je potrebné, aby smernice v oblasti verejného obstarávania boli vykladané systematickým a koherentným spôsobom [15]. Je možné, aby Súdnemu dvoru nebola známa skutočnosť, že každá smernica upravuje odlišnú oblasť verejného obstarávania a že existujú odlišnosti medzi ustanoveniami týchto smerníc? Samozrejme, že nie. Súdny dvor chcel povedať, že smernice predstavujú napriek ich vzájomným odlišnostiam sieť pravidiel so spoločným cieľom, ktorým je zabezpečiť, aby postupy verejného obstarávania boli spravodlivé, otvorené a účinné.

18. Na záver sa domnievam, že DEI tým, že kvalifikoval odmietnuté ponuky ako „nevhodné“ a nevyhlásil verejnú súťaž, porušil článok 20 ods. 2 smernice 93/38.

14 — Rozsudok Komisia/Taliansko, C-412/04, už citovaný, bod 2.

15 — Pozri okrem iného rozsudok z 27. februára 2003, Truley, C-373/00, Zb. s. I-1931, bod 42 („z ustálenej judikatúry tiež vyplýva, že cieľom smerníc Spoločenstva o koordinácii postupov verejného obstarávania je vylúčiť jednak riziko, že vnútroštátni uchádzači alebo kandidáti budú uprednostnení pri zadávaní verejných zákaziek zo strany verejných obstarávateľov, jednak možnosť, že subjekt financovaný alebo kontrolovaný štátom, miestnymi orgánmi alebo inými subjektmi verejného práva bude riadený inými úvahami než ekonomickými“); rozsudok pressetext Nachrichtenagentur, citovaný v poznámke pod čiarou 6, bod 31 („z judikatúry vyplýva, že hlavným cieľom pravidiel Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania je zabezpečiť voľný pohyb služieb a otvorenie nenarušenej hospodárskej súťaže vo všetkých členských štátoch“). Okrem toho Súdny dvor v rozsudku zo 17. septembra 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99 (Zb. s. I-7213, bod 91) rozhodol, že „nie je žiaden dôvod vykladať odlišným spôsobom dve ustanovenia, ktoré patria do rovnakej oblasti práva Spoločenstva a ktoré sú sformulované v podstate zhodným spôsobom“. Kritériom podľa Súdneho dvora je podstata ustanovení, ktoré sú predmetom výkladu; ak je podstata rovnaká, výklad musí byť rovnaký.

Podmienky verejného obstarávania

19. Keďže druhá z troch podmienok stanovených v článku 20 ods. 2 písm. a) nebola splnená, DEI nemal uplatniť toto ustanovenie bez ohľadu na skutočnosť, že pôvodné podmienky ostali nezmenené. Pre úplnosť však v krátkosti vysvetlím, prečo sa domnievam, že Komisia má právo tvrdiť, že došlo k podstatnej zmene pôvodných podmienok.

20. V druhom oznámení o vyhlásení verejného obstarávania bolo upresnené, že nie sú prípustné žiadne rozdiely medzi technickými špecifikáciami požadovanými zo strany verejných obstarávateľov a tými, ktoré ponúkajú uchádzači. Ponuky, ktoré plne nezodpovedali týmto špecifikáciám, by však mohli byť prijaté za podmienky, keby sa odlišnosti týkali technických charakteristík zariadení ponúkaných uchádzačmi, boli by uvedené osobitne v súťažných podkladoch a nemali by vplyv na celkovú prevádzku elektrárne. V tom prípade by uchádzač nebol povinný odstrániť odlišnosti a znášať dodatočné finančné náklady. V tretej fáze postupu sa však od uchádzačov požadovalo, aby odstránili všetky rozdiely v ich predchádzajúcich ponukách, znášali náklady s tým spojené a na tento účel predložili záväzné vyhlásenie.

21. Podľa helénskej vlády článok 20 ods. 2 nezakazuje každú zmenu v pôvodných podmienkach verejného obstarávania, ale iba tie „podstatné“. Keď sa sudca spravodajca na pojednávaní opýtal, akým spôsobom by táto vláda mohla zosúladiť svoje tvrdenie, podľa ktorého bolo všetkých päť ponúk predložených v druhej súťaži nevhodných a že v tretej fáze nebola dovolená žiadna podstatná zmena, so skutočnosťou, že verejná zmluva bola napokon uzavretá s jedným z piatich pôvodne odmietnutých uchádzačov, zástupca vlády odpovedal, že jediné zmeny požadované zo strany DEI v tretej fáze sa týkali rozdielov medzi technickými špecifikáciami, ktoré boli určené v druhej fáze a ktoré rozhodli o odmietnutí ponuky, zatiaľ čo ostatné podmienky verejného obstarávania ostali nezmenené.

22. Súhlasím s gréckou vládou v tvrdení, že relevantným kritériom je *podstatný* charakter zmien podmienok verejného obstarávania, ale nie som presvedčený o tom, že predmetné zmeny neboli podstatné alebo že neboli dostatočne podstatné na účely článku 20 ods. 2 písm. a). V tretej fáze bola zavedená nová, dôležitá podmienka: uchádzači mali na vlastné náklady odstrániť všetky odlišnosti, zatiaľ čo v zmysle vyhlásenia verejného obstarávania v druhej fáze by tieto odlišnosti mohli byť prípustné. Samozrejme, samotný verejný obstarávateľ považoval túto novú povinnosť za relevantnú, inak by od uchádzačov nežiadal, aby na tento účel predložili záväzné vyhlásenia. Rovnako z hľadiska uchádzačov je táto zmena podmienok verejného obstarávania skutočne podstatná, pretože hneď od začiatku vylučuje toho, kto nemôže alebo nemá v úmysle odstrániť odlišnosti existujúce v ich pôvodných ponukách a znášať s tým spojené náklady. Podobné zmeny pôvodných podmienok verejného obstarávania by mali byť vždy považované za „podstatné“. Okrem toho ako som už zdôraznil, ustanovenie, ktoré umožňuje verejnému obstarávateľovi zadať zákazku bez vyhlásenia verejnej súťaže, ako je prípad článku 20 ods. 2 písm. a), treba vykladať doslovne, pretože zavádza výnimku zo všeobecnej zásady transparentnosti stanovenej Zmluvou. Verejní obstarávatelia preto nemusia vyhlásiť verejnú súťaž len v prípade, ak predmetné zmeny nie sú navidomoči spôsobilé ovplyvniť, skutočne alebo potenciálne, postup verejného obstarávania. V predmetnom prípade nemožno tvrdiť, že zmeny podmienok verejného obstarávania neboli podstatné, alebo že neboli dostatočne podstatné v zmysle článku 20 ods. 2 písm. a).

23. Keďže DEI odmietol päť ponúk predložených v druhej súťaži z dôvodu, že nezodpovedali v plnom rozsahu požadovaným technickým špecifikáciám, bolo by prakticky nemožné uzavrieť verejnú zmluvu v tretej fáze s jedným z piatich uchádzačov bez toho, aby bola predtým jeho ponuka zmenená. DEI teda zmenil podmienky verejného obstarávania v tretej fáze, aby zabezpečil, že uchádzači splnia povinnosť odstrániť všetky odlišnosti a požiadal ich o pripravenie novej finančnej

ponuky zahrňujúcej príslušné náklady. Ak by DEI vyhlásil novú verejnú súťaž, išlo by sa o úplne nový postup. DEI však iba vyzval niektorých uchádzačov o predloženie ponúk napriek skutočnosti, že pôvodné podmienky verejného obstarávania boli podstatne zmenené. Tým konal v rozpore s článkom 20 ods. 2 písm. a) smernice 93/38.

O naliehavosti

24. Podľa článku 20 ods. 2 písm. d) smernice 93/38 možno použiť postup bez predchádzajúceho vyhlásenia súťaže „pokiaľ je to striktne nevyhnutné, z dôvodu extrémnej naliehavosti vyvolanej udalosťami, ktoré obstarávatelia nemohli predvídať, nemôžu byť viazané lehotami, ktoré platia pre otvorené a užšie súťaže“. Podľa Komisie spôsob, ktorým DEI zaslal list piatim uchádzačom v druhej fáze, odôvodnil jeho rozhodnutie postupovať bez predchádzajúceho vyhlásenia súťaže (napríklad odkaz na „naliehavé potreby“ elektrickej energie na Kréte, na „lehoty potrebné pre inštaláciu dvoch nových jednotiek“, na „nepredvídateľné omeškanie“) a naznačuje, že DEI mal v úmysle neopierať sa len o písmeno a) článku 20 ods. 2, ale aj o písmeno d) tohto ustanovenia. Helénska vláda s tým nesúhlasí. Tvrdí, že DEI od začiatku vychádzal len z článku 20 ods. 2 písm. a) a objasnila, že dôvodom, pre ktorý nasledoval postup bez vyhlásenia verejnej súťaže, bola skutočnosť, že prvé dve fázy neviedli k uspokojivému výsledku. V tomto zmysle treba chápať odvolanie sa na „celkový vývoj situácie“. Odkaz na naliehavosť situácie bol urobený subsidiárne pre vysvetlenie, že jednou z okolností, ktoré DEI vzal do úvahy, bola potreba konať urýchlene.

25. Je pravda, že spôsob, akým bol list zo 14. decembra 2004 sformulovaný, vyvoláva dojem, že DEI uviedol naliehavosť ako jeden z dôvodov, ktoré odôvodnili použitie postupu bez vyhlásenia verejnej súťaže. Nie je však jasné, či ide o samostatné odôvodnenie založené na článku 20 ods. 2 písm. d). V každom prípade tým, že sa helénska vláda neopiera o písmeno d) tohto článku, nie je potrebné, aby Súdny dvor ďalej pokračoval v skúmaní tejto otázky.

II — Oneskorenie odôvodnenia

26. Článok 41 ods. 4 smernice 93/38 stanovuje: „Obstarávatelia vykonávajúci jednu z činností uvedených v prílohách I, II, VII, VIII a IX bezodkladne po dátume, v ktorom obdržali písomnú žiadosť, oznámia každému odmietnutému záujemcovi alebo uchádzačovi dôvody odmietnutia jeho žiadosti alebo ponuky a každému uchádzačovi verejnej súťaže, ktorý podal riadnu ponuku, oznámia charakteristiky a príslušné výhody vybranej ponuky, ako aj meno úspešného uchádzača verejnej súťaže“. Komisia tvrdí, že lehotu dvoch mesiacov pre oznámenie uchádzačovi dôvodov odmietnutia jeho ponuky nemožno považovať za zodpovedajúcu pojmu „bezodkladne“ v zmysle tohto ustanovenia. Helénska vláda pripúšťa, že k určitému oneskoreniu

došlo, ale tvrdí, že kritériom pre posúdenie toho, či sa konalo v rozpore s článkom 41 ods. 4, je, či uchádzač utrpel škodu pri výkone svojich práv v zmysle právnej úpravy Spoločenstva. Ďalej zástupca helénskej vlády na pojednávaní uviedol, že vývoj ustanovenia článku 41 ods. 4 — Komisia pôvodne navrhla lehotu 15 dní pre oznámenie dôvodov, tak ako je to v smerniciach o verejnom obstarávaní prác, dodaní tovarov a poskytnutí služieb a keď bol tento návrh zamietnutý Európskym parlamentom, prijala výraz „bezodkladne“ — dokazuje, že verejným obstarávateľom by sa mal ponechať určitý priestor pre odpovedanie na žiadosti o oznámenie dôvodov odmietnutia ponuky. Helénska vláda sa domnieva, že tým, že odmietnutý uchádzač mohol v predmetnom prípade použiť opravný prostriedok pre overenie zákonnosti rozhodnutia prijatého zo strany verejného obstarávateľa, nemožno tvrdiť, že DEI porušil smernicu, keď na jeho žiadosť odpovedal po dvoch mesiacoch.

27. Súhlasím s gréckou vládou v tom, že použitie výrazu „bezodkladne“ bez odkazu na konkrétnu časovú hranicu znamená, že výklad článku 41 ods. 4 by nemal byť príliš rigidný. Skutočnosť, že smernice o verejnom obstarávaní na rozdiel od smernice 93/38 o verejnoprospešných službách výslovne stanovujú lehotu 15 dní [16], znamená, že zákonodarca Spoločenstva zámerne chcel, aby bol problém týkajúci sa rýchlosti, s akou má verejný obstarávateľ odpovedať, posudzovaný od prípadu k prípadu.

28. Jedným z faktorov, ktoré treba vziať do úvahy pre posúdenie toho, či bola odpoveď v každom jednotlivom prípade poskytnutá „bezodkladne“, je možnosť uchádzača využiť opravné prostriedky, ktoré mu dáva k dispozícii právo Spoločenstva a vnútroštátne právo na účely súdnej kontroly zákonnosti prijatého rozhodnutia. Ak totiž verejný obstarávateľ nevysvetlí dôvody odmietnutia určitej ponuky, odmietnutý uchádzač nie je schopný posúdiť, či má zmysel napadnúť toto rozhodnutie a o aké dôvody by sa mal oprieť.

29. Chrániť záujmy uchádzačov, ktorí sa zúčastňujú na postupe verejného obstarávania, je však len jedným z cieľov článku 41 ods. 4. Toto ustanovenie smeruje aj k ochrane integrity a účinnosti verejného obstarávania ako takého, chráni záujem samotných verejných obstarávateľov a napokon aj daňovníkov. Preto pri výklade výrazu „bezodkladne“ treba pripomenúť, že povinnosť včasného oznámenia dôvodov uložená verejným obstarávateľom predchádza klientelizmu a podporuje dodržiavanie podmienok stanovených právom Spoločenstva. Článok 41 ods. 4 predstavuje procesnú záruku, ktorá pomáha zabezpečiť, aby dôvody odmietnutia ponuky

16 — Článok 8 ods. 1 smernice 93/37; článok 7 ods. 1 smernice 93/36; článok 12 ods. 1 smernice 92/50.

neboli zámienkou pre svojvoľné uzavretie verejných zmlúv. Inými slovami, toto ustanovenie má odstrašujúcu funkciu: je menej pravdepodobné, že sa verejný obstarávateľ odchýli od ustanovení Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, ak vie, že hneď po výbere určitej ponuky bude povinný odôvodniť svoju voľbu a vysvetliť, prečo boli ostatné ponuky odmietnuté.

30. Okrem toho priveľké oneskorenie v odpovedi na žiadosť o oznámenie dôvodov môže mať za následok značný vplyv na efektívnosť. Napríklad samotný DEI v predmetnej veci zdôraznil, že ostrov Kréta *naliehavo* potrebuje dodatočné zásobovanie elektrinou. DEI však zdržal projekt o dva mesiace, pretože nevysvetlil dôvod, ktorý ho viedol k výberu určitého uchádzača a k odmietnutiu ostatných. Helénska vláda neuviedla žiaden dôvod oneskorenia DEI, čo sa dá len ťažko zosúladiť s naliehavou povahou predmetného verejného obstarávania. Ak sa vezme do úvahy, že veľa významných projektov v rôznych členských štátoch je v istej miere financovaných z rozpočtu Spoločenstva, je normálne očakávať, že verejní obstarávatelia uplatnia ustanovenia Spoločenstva o verejných obstarávaniach spôsobom, ktorý zohľadní požiadavky efektívnosti.

31. Je potrebné zdôrazniť, že nová smernica o verejnoprospešných službách, ktorá nahradila smernicu 93/38, v článku 49 ods. 2 stanovuje, že obstarávatelia „podľa možnosti čo najskôr“ informujú každého neúspešného záujemcu o dôvodoch zamietnutia jeho žiadosti a že „lehota na odpoveď nesmie za žiadnych okolností prekročiť 15 dní od doručenia písomnej žiadosti“. Samotní autori smernice posúdili, aká lehota je primeraná na odôvodnenie, a odňali verejným obstarávateľom akúkoľvek mieru voľnej úvahy. Samozrejme, o predmetnej veci treba rozhodnúť *ratione temporis* na základe smernice 93/38, a nie na základe smernice 2004/17. Nemožno však zanedbať skutočnosť, že zákonodarca Spoločenstva rozhodol, že každá úvaha, ktorá mohla v minulosti odôvodniť voľnejší prístup vo vzťahu k tejto otázke v oblasti verejnoprospešných služieb, už neexistuje. Na základe toho sú verejnoprospešné služby teraz podriadené tým istým prísnym pravidlám, ktoré sa uplatňujú na verejné obstarávania prác, dodanie tovarov a poskytnutie služieb, a stanovujú, že lehota 15 dní nesmie byť za žiadnych okolností prekročená. Aj keď toto ustanovenie nemožno uplatniť na predmetnú vec, bolo by samozrejme neprirodzené navrhnúť Súdnemu dvoru, aby ho nebral do úvahy. Napokon podľa smernice 93/38 treba posúdiť od prípadu k prípadu, čo má byť považované za primeranú lehotu, pričom sa vezme do úvahy všeobecná požiadavka rýchlosti vo verejných obstarávaniach, ktorá sa neobmedzuje na ochranu práv uchádzačov. Preto sa domnievam, že koncepciu odpovede „podľa možnosti najskôr“ treba vykladať doslovne pri zohľadnení zvyčajných lehôt uplatňovaných v ostatných sektoroch verejného obstarávania. Podľa môjho názoru skutočnosť, že DEI trvalo dva mesiace, kým uchádzačom oznámil dôvody odmietnutia ich ponúk, predstavuje — pri absencii osobitného ospravedlnenia tohto oneskorenia, ktoré jasne presahuje zvyčajnú lehotu uplatňovanú v oblasti verejného obstarávania — porušenie článku 41 ods. 4 smernice 93/38.

III — Návrh

32. Navrhujem, aby Súdny dvor určil, že Helénska republika si tým, že prostredníctvom DEI nevyhlásila verejnú súťaž a bezodkladne neoznámila odmietnutému uchádzačovi dôvody odmietnutia jeho ponuky, nesplnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú z článkov 20 ods. 2 a 41 ods. 4 smernice Rady 93/38/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania subjektov pôsobiacich vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore.